

Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS *

Sumario: I. Obligaciones éticas del árbitro. II. Revelación de los conflicto de intereses. 1. Conflictos de intereses y arbitraje. 2. Deber de revelación. 3. Alcance e inflexiones. 4. Precisión temporal. III. Resultado de la declaración. 1. Contenido. 2. Tipología. IV. Consecuencias de la infracción del deber de declaración. 1. Recusación del árbitro. 2. Anulación del laudo. 3. Responsabilidad del árbitro. V. Consideraciones finales.

Resumen: Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión

La obligación de revelar un conflicto de intereses ha pasado de ser un mero instrumento en la verificación de la independencia de los árbitros para convertirse en una auténtica obligación que se ha consolidado como un auténtico fin en sí misma. Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales las conexiones entre un árbitro y una de las partes o sus abogados en el arbitraje. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses; dicho deber constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral y es ampliamente reconocido en las diferentes culturas jurídicas, las legislaciones y los reglamentos de arbitraje. Es una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y es una consecuencia directa del principio general de buena fe. El deber de revelación tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro.

Palabras clave: ARBITRAJE — ÁRBITROS — OBLIGACIONES ÉTICAS — CONFLICTO DE INTERESES — DEBER DE REVELACIÓN — INCUMPLIMIENTO.

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institute de Droit International*.

Abstract: Ethical Content of the Arbitrator's Duty of Disclosure and Consequences of its Transgression

The duty to disclose a conflict of interests has evolved from being a mere tool in the verification of the arbitrator's independence to become a real obligation to be established as a true end in itself. With the increased use of arbitration the risk of a conflict of interests on the part of the arbitrators has increased. This risk can be mitigated significantly by the use of due diligence and thorough investigation, the assessment of the background and the analysis of the possible connections between an arbitrator and one of the parties or his/her attorneys in the arbitration proceedings. Among the mechanisms that amount to a full observance of the independence and impartiality in arbitration, the duty to disclose the existence of conflict of interests occupies a prominent place. Indeed, such duty is the masterpiece of the legal system of ethics and is widely recognized in different legal cultures, laws and arbitration rules. It is both an obligation which is configured as a true fundamental principle of both domestic and international arbitration and a direct consequence of the general principle of good faith. The duty of disclosure has a preventive nature, so that its breach amounts to certain punitive measures: the annulment of the arbitral award, the arbitrator's recusal and the responsibility of the arbitrator.

Keywords: ARBITRATION – ARBITRATORS – ETHICAL OBLIGATIONS – CONFLICT OF INTERESTS – DUTY OF DISCLOSURE – BREACH OF THE OBLIGATION.

I. Obligaciones éticas del árbitro

1. La función esencial de un árbitro consiste en proporcionar el diálogo entre las partes facilitando el acuerdo, tanto individualizando los puntos litigiosos como alcanzando a una respuesta justa para éstos. En un buen árbitro deben estar muy presentes dos preocupaciones esenciales: de un lado, desempeñar con profesionalidad su oficio, dejando bien sentado su compromiso ético con la institución arbitral, su capacidad y su integridad, al margen de otras consideraciones como conseguir ser designado continuamente como árbitro¹; de otro lado, el entendimiento de que su decisión no sólo afecta directamente a las partes, sino a los operadores directos de las transacciones transfronterizas y, cada vez más, a una comunidad más amplia que puede verse directamente afectada por el resultado de un proceso arbitral (v.gr., por las implicaciones de las denominadas arbitral *class actions*²). Los árbitros deben ser conscientes de la responsabilidad de sus funciones y que sus actuaciones deben orientarse hacia un óptimo equilibrio entre equidad y eficiencia con el objetivo último de alcanzar

¹ Cf. J. Paulsson, "Ethics, Elitism, Eligibility", *J. Int'l Arb.*, 1997, p. 13.

² M.A. Weston, "Universes Colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Actions", *William and Mary L. Rev.*, vol. 47, n° 5, 2006, pp. 1711–1779; S.I. Strong, "Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt–Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles", *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 201–271.

un laudo razonablemente ajustado a la realidad³ con los menores costes posibles.

Las obligaciones éticas de un árbitro comienzan a regir a partir del momento en que acepta el nombramiento y subsisten durante todas las etapas del procedimiento arbitral⁴. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación del operador jurídico⁵, adquieren especial importancia tratándose del ejercicio de la actividad arbitral⁶. No es casual que las asociaciones profesionales vinculadas con el arbitraje asuman una especial preocupación por establecer un catálogo de principios éticos que sirva de guía a la acción del árbitro⁷.

Dicha preocupación persigue un objetivo esencial cual es la defensa de los eventuales usuarios del arbitraje. Piénsese en una entidad que ha confiado su controversia al juicio de árbitros y que, tras varios años de litigios y de un importante desembolso económico, logra un laudo favorable a sus intereses; si con posterioridad la parte perdedora interpone una acción anulación y después de otro largo proceso, el juez declara la nulidad de dicho laudo porque se ha acreditado que uno de los árbitros faltó a sus deberes de independencia o imparcialidad o no

³ W.W. Park, "Arbitrators and Accuracy", *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. I, n° 1, 2010, pp. 25–53.

⁴ J.M. Serrano Ruiz-Calderón, J.M. "Ética del árbitro", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n° 1, 2011, pp. 31 – 74.

⁵ Vid. D. Kennedy, "The Responsibility of the Lawyers for the Justice of Their Causes", *Texas Tech. L. Rev.*, vol. 18, 1986, pp. 1157–1163; R.A. Zitrin, C.M. Langford y N.W. Tarr, *Legal Ethic and the Practic of Law*, 3ª ed., Newmark, NJ, Lexisnexis, 2007. En relación con los abogados corporativos tras la crisis financiera: S. Gunz y H. Gunz, "Ethical Decision Making anthe Employed Lawyer", *J. Buss. Ethics*, vol. 8, 2008, pp. 927–944; desde la perspectiva del abogado transnacional: J.A. Flood, "Transnational Lawyering: Clients, Ethics and Regulation", en *Lawyers in Practice: Ethical Decision Making in Context* (L. Mather y L. Levin, eds.), University of Chicago Press, 2012.

⁶ F.N. Andrihgi, "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência* (Brasilia), n° 53, 1997, pp. 24–26; Ferreira Lemes, S.M. *Princípios da independencia e da imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001; Gabriel, H. y Raymond, A.H. "Ethic for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards", *Wyoming L. Rev.*, vol. 5, n° 2, 2005, pp. 453–470; Mullerat Balmaña, M. "Ethical Rules for Arbitrators", *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 6, 2005, pp. 77–117; Rogers, C.A. "The Ethic of International Arbitrators", *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (L.W. Newman y R.D. Hill, eds.), 2ª ed., Juris Publishing, 2008 (Chap. 28); Mitchard, P. "Ethics in European Arbitration", *The European Cour Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>. Vid., asimismo la crónica del coloquio organizado por FRANCARBI, "L'éthique dans l'arbitrage", Colloque international du 9 décembre 2011". <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1522/rapport-colloque-ethique-arbitrage.pdf>.

⁷ B.M. Cremades, "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, 1987, pp. 9–14.

declaró en su día un eventual conflicto de intereses que permitiera a las partes ejercer su derecho a recusarle, la demandante tendrá, cuanto menos, una opinión muy negativa de las supuestas bondades del arbitraje⁸.

Es una situación difícilmente aceptable que debe ser cabalmente corregida pues la posibilidad de eventuales acciones de responsabilidad civil no es suficiente para paliar el perjuicio sufrido. Y ello porque pese a la gran atención que se dispensa a las cuestiones derivadas de los conflictos de intereses y al grado en que un árbitro debe revelar el pasado y el presente de dichos conflictos, las consecuencias de las omisiones o de las declaraciones incompletas o falsas siguen sin estar suficientemente claras⁹. Precisamente para protegerse de estas situaciones escandalosas ciertos grupos empresariales propugnan la inserción en los contratos de una cláusula de mediación con carácter previo a la de arbitraje.

2. Existen numerosas obligaciones para el árbitro que hunden sus raíces en el entorno ético que envuelve al arbitraje¹⁰ y que no coinciden necesariamente con las inherentes a la función judicial; puede afirmarse en tal sentido que en algunos sistemas, como el español, se ha producido un importante desplazamiento de una consideración asimilacionista hacia un tratamiento separado¹¹, lo que no acontece en

⁸ En el asunto *Tecnimont*, sobre el que volveremos a lo largo de este estudio, el dilema era arrojar a la basura un laudo de 400 páginas cuidadosamente redactada tras de años de esfuerzos y millones de dólares en gastos legales, o admitir que un árbitro puede al mismo tiempo ser y miembro de un bufete de abogados que presta asistencia jurídica a una de las partes. A. Mourre, "Conflicts of Interest: Towards Greater Transparency and Uniform Standards of Disclosure?", *Kluwer Arbitration Blog*, 19 mayo 2009. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/05/19/conflicts-of-interest-towards-greater-transparency-and-uniform-standards-of-disclosure/>.

⁹ D.A. Larson, "Conflicts of Interest and Disclosures: Are We Making a Mountain Out of a Molehill?", *South Texas L. Rev.*, vol. 49, n° 4, 2008.

¹⁰ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators", *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, pp. 413-449.

¹¹ Como pusiera de relieve la SAP Madrid 14ª 28 julio 2005 "... las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a los árbitros y las instituciones arbitrales; en el derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley existen una serie de connotaciones derivadas de los límites del poder político y del mantenimiento de las garantías esenciales del ciudadano, que no concurren en los sucedáneos de la Justicia pública. No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto" (*Jurisprudencia español-*

otros, como el inglés¹². Otras obligaciones derivan de una eventual exigencia de especialización (*v.gr.*, ser experto en telecomunicaciones¹³) o de determinadas cualidades específicas requeridas puntualmente por las partes (*v.gr.*, el conocimiento de un determinado idioma). Dentro de las primeras las más importantes son las que se refieren a la competencia, a una diligencia razonable, evitando retrasos y gastos innecesarios¹⁴, y al deber de confidencialidad¹⁵. Del mismo modo, el árbitro designado, se compromete a ser neutral, a estar disponible y, al mismo tiempo, a ejercer diligentemente su función. Lo primero implica imparcialidad e independencia, esto es una idoneidad subjetiva y una imparcialidad objetiva: se produce parcialidad cuando un árbitro favorece a una de las partes, o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia; la dependencia surge de la relación entre el árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella¹⁶. Lo segundo comporta que los árbitros deben dedicar el

la de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España, Cizur Menor, Thomson–Reuters–Aranzadi, 2013, n° 422). En esta línea, la SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 insiste en que: “La actual Ley de Arbitraje [2003] ha abandonado la remisión a las normas sobre recusación de jueces y magistrados, habiendo optado en su art.17.3º –que prácticamente se reproduce en el art. 15.4º del Reglamento de la Corte Arbitral (...)–, por establecer una norma genérica, en el sentido de considerar como causa de recusación, y consiguiente abstención, aquellas circunstancias que den lugar a ‘dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia’” (*ibid.*, n° 443).

¹² *R.v. Gough* [1993] AC 646, 669–670.

¹³ Al margen del polémico asunto *Radio Centro* en la jurisprudencia mexicana, la jurisprudencia española registra algunos precedentes en la materia: “Aunque la entonces demandada reconvencional propusiera un árbitro con conocimientos en materia de vinos, la cualificación del árbitro designado no fue convenida por las partes ni fue fruto de un acuerdo entre ellas, por lo que el mencionado art. 17.3º no era de aplicación, como no lo es el art. 41.1º.d), lo que justificaba que, en efecto, por esa sola razón no hubiera ninguna recusación que formular y que, en consecuencia, no quepa hacerlo ahora (art. 18.3º LA)” (SAP Barcelona 15ª 13 marzo 2008, *Jurisprudencia española de arbitraje*, n° 462).

¹⁴ Art. 10.2º Regl. LCIA.

¹⁵ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 335–378.

¹⁶ La SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 ha manifestado al respecto que: “La independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral (*Jurisprudencia española de arbitraje*, n° 443). Sobre la noción de imparcialidad *vid.* el exhaustivo estudio de F.

tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del caso, orientando sus esfuerzos a dirigir el arbitraje de un modo tal que los costos no se eleven a una proporción irracional con respecto a los intereses en litigio; y también denota que han de conducirse de manera ecuánime con todas las partes, no dejándose influenciar por presiones externas, por la opinión pública o por el temor a la crítica, ni por intereses personales.

Resulta un contrasentido que algunos Reglamentos de arbitraje, reconocidos en la práctica internacional, hayan descuidado por mucho tiempo la atención que merecen a los extremos indicados y se hayan limitado a insistir en la necesaria independencia del árbitro relegando los postulados de imparcialidad y de disponibilidad para los códigos éticos, de contenido mucho menos efectivo. Por eso deben celebrarse iniciativas como la adoptada por el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012 que determina, frente a la anterior redacción del art. 7 que sólo hacía referencia únicamente a la “independencia”, que todo árbitro “debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje” (art.11.1º)¹⁷.

3. El proceso arbitral precisa un clima de neutralidad e imparcialidad¹⁸ para que las partes puedan desplegar su actividad con plena libertad y confianza en la defensa de sus posiciones; pero tales elementos únicamente pueden lograrse si se han despejado todas las dudas en torno a la integridad de los árbitros¹⁹. La confianza en los

González de Cossio, “Imparcialidad”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 17, 2013, pp. 17-41.

¹⁷ Es de justicia señalar que el art. 14.1º Regl. de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC Rules”) de 2010 prevé expresamente que los árbitros “*must be impartial and independent*” lo que da derecho a las partes a recusar a cualquier árbitro si “*circumstances exist which give to justifiable doubts as to the arbitrator’s independence or impartiality*” (art. 15.1º). La práctica de esta Corte en la materia es muy abundante. *Vid.* N. Lindström, “Challenges to Arbitrators—Decisions by the SCC Board during 2008–2010.” (<http://www.skiljedomsforenin.gen.se/S2/file/challenges-to-arbitrators-decisions-by-the-scc-board-during-2008-2010.pdf>) y F. Mutis Tellez, “Arbitrators’ Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions on Challenges to arbitrators (2010–2012)” (http://www.sccinstitute.com/?id=23696&new_sid=44888).

¹⁸ La STSJ Cataluña CP 15 julio 2013 rechazó una impugnación basada en una supuesta falta de independencia del árbitro, “ya que el mentado demandante pretende cuestionar la imparcialidad subjetiva del árbitro que dictó el Laudo en una serie de datos que no tienen ninguna relevancia, como son las basadas en unas relaciones personales y profesionales carentes de entidad para estimar la falta de imparcialidad” (Cendoj: 08019310012013100057).

¹⁹ Resulta obligado referirse al estudio pionero en la materia de P. Lalive, “On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration”, *Recueil de Travaux Suisses sur l’Arbitrage international*, Zurich, 1984, pp. 23 ss.

árbitros se incrementa desde el momento en que se considere algo normal el respeto por éstos de ciertas normas de ética profesional. Una actuación arbitral que ha asumido plenamente y sin reservas un código ético se alza como elemento esencial en tres distintas direcciones: el propio prestigio profesional de los árbitros, el del centro administrador que eventualmente haya intervenido en su designación o que administre el arbitraje²⁰ y, en definitiva, del porvenir de la propia institución arbitral en un determinado país que pretende convertirse en una sede eficiente para el arbitraje internacional²¹.

De ahí la conveniencia de que dichos códigos, redactados como una suerte de catecismo²², no minimicen el contenido de los estándares comparativos para los árbitros que se desprenden de instrumentos contrastados en la práctica arbitral. Es el caso del *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*²³, o de las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*²⁴ entendidas como un compendio de las opiniones de los profesionales internacionales que, con su descripción coloreada de las zonas en las que pueden actuar los árbitros, llegan en ocasiones a generar ciertos problemas de daltonismo²⁵.

Indudablemente estos instrumentos gozan de una aceptación indiscutida en los círculos arbitrales²⁶, han sido debatidos en los círculos

²⁰ Se reclama de las instituciones arbitrales mayor imaginación para abrir el círculo de los elegidos, rechazar las propuestas que estimen inadecuadas y mostrar mayor transparencia en el nombramiento de los árbitros. Estas acciones sin duda redundarán en la consecución de una mayor independencia de los árbitros. Cf. P. Tercier, "La légitimité de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 2011, n° 3, pp. 653-667.

²¹ B. Sheppard, "A New Era of Arbitrator Ethics in the United States", *Arb Int'l*, vol. 21, 2005, pp. 21 ss.

²² J. Sánchez Calero, "La abstención y recusación del árbitro", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n° 2, 2012, pp. 335-355, esp. p. 339

²³ B. Meyerson y J.M. Townsend, "The Revised Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes Brings the 1977 Code More in Line with Modern Practice", *Disp. Res. J.*, febrero-abril, 2004, pp. 10-17.

²⁴ F. Trazegnies Granda, "Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje", *Lima Arbitration*, n° 1, 2006, pp. 163-184, esp. pp. 169 ss.

²⁵ R. Mullerat Obe, "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, which Needs a Slight Daltonism Treatment", *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 14, 2012, pp. 61-99.

²⁶ Vid. un amplio estudio comparativo en *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The First Five Years 2004-2009*. La aceptación generalizada de estas directrices no empece que sean objeto de ciertas reticencias tanto desde fuera de los círculos arbitrales como en su interior. Se ha dicho de ellas que han tenido la virtud de introducir "a Protestant' view of bringing common sense to the 'orthodox hypocrisy'

arbitrales nacionales²⁷ e, incluso, son aceptados por los tribunales estatales cuando deben enfrentarse a cuestiones relacionadas con el arbitraje²⁸, aunque dicha aceptación no puede generalizarse, siendo preciso las más de las veces acudir en esta materia a la doctrina emanada de los tribunales de cada sistema estatal, lo que registra ciertas dosis de particularismo. Baste dejar constancia que la jurisprudencia española ha dado muestras de escasa receptividad hasta la fecha de estas reglas²⁹.

of being more papa than the Pope" (cf. M.S. Kurkela, *Due Process in International Commercial Arbitration*, NY, Oceana, 2005, p. 163).

²⁷ V.gr., A.K. Hoffmann, "Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: the Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach", *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 3, 2005, pp.427-436; A.W. Rovine y C.K. Chinn, "The International Arbitrator's Duty to Investigate Conflicts: the United States Approach", *Transnational Dispute Management*, 4, 2008; K. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 133 ss y 165 ss.

²⁸ Es habitual citar, a este respecto, un *obiter dicta* de una decisión del Tribunal Supremo suizo, de 20 marzo 2008, 4A_506/2007: "*Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux*"; en Bélgica destaca la Sentencia de la Cour d'appel de Bruselas de 29 octubre 2007, caso n° R.G. 2007/AR/70: *République de Pologne / Eureka BV et al.*, *ASA Bull.*, vol. 26, 2008, p. 565; en Inglaterra, el asunto *ASM Shipping Ltd of India v. TTMI Ltd of England* ([2005] EWHC 2238 (Comm) (19 octubre 2005); en los Países Bajos la decisión de la *District Court* de La Haya No. 13/2004, *Petition No. HA/RK/2004.667* (18 octubre 2004), *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, *ASA Bull.*, vol. 23, 2005, pp 186 ss; en Suecia *Svea Court of Appeals*, Case no. T 6875-04 (5 mayo 2006), *Anders Jilkén v. Ericsson AB*, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn80980>; y, por solo citar un ejemplo más, en EE UU, *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ve Ticaret Sanayi*, Case No 05 CV 10540 (RPP), F.Supp.2d, 2006 WL 1816383, S.D.N.Y., (28 junio 2006) y *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ve Ticaret Sanayi*, 492 F.3d 132, C.A.2 (N.Y.) (9 julio 2007).

²⁹ De acuerdo con la SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 "Con respecto a las directrices de la IBA, a las que aluden ambas partes, y que, tal y como se desprende de su introducción [...], básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los árbitros han de poner de manifiesto a las partes, entiende esta Sala que no procede su aplicación, ya que no se trata de normas de Derecho positivo, y al catalogar, con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para resolver cuestiones de rango constitucional, a normas emitidas por una Asociación, y que por otro lado despliega su cometido en arbitrajes internacionales, de tal manera que podría ser visto que la cuestión ha quedado resuelta sobre la base de normas que no integran nuestro Ordenamiento Jurídico, máxime cuando existe doctrina del TC, aparte obviamente de la normativa de la Ley de Arbitraje y del Reglamento de la Corte, que permiten solucionar adecuadamente la recusación planteada" (*Jurisprudencia española de arbitraje*, n° 418).

Una cosa es presumir la honorabilidad, disponibilidad, imparcialidad, preparación e independencia en la actuación de un árbitro y otra cosa suponer apriorísticamente (cubriendo a los árbitros de una coraza protectora) que dichos principios no puedan vulnerarse en el desarrollo de un procedimiento arbitral. Por eso es indispensable disponer de un sistema eficaz para ejercer el control del respeto a la ética arbitral y corregir muchas disfunciones que ofrece la reciente práctica arbitral. Dicha actitud en defensa de la necesaria seguridad jurídica de las partes, lejos de poner en duda el importante papel que juega el arbitraje en la sociedad contemporánea, fortalece su viabilidad y reafirma su futuro.

II. Revelación de los conflictos de intereses

1. Conflictos de intereses y arbitraje

4. Los “conflictos de intereses” en el arbitraje surgen de las situaciones en las que un árbitro tiene un interés personal que influye o puede influir potencialmente en el desempeño imparcial y objetivo de la misión que se le confía³⁰. Semejante conflicto se desprende de un hecho o de una circunstancia en las que la persona que está en la posición de decidir un caso tiene un interés material derivado de una relación con la parte que la ha propuesto, que cuestiona su independencia, o puede surgir en virtud de su comportamiento parcial en función de la naturaleza y la gravedad percibida de su conducta en el arbitraje³¹.

Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado hasta el punto de condicionar en muchos casos la política de determinadas firmas de abogados. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales conexiones entre un árbitro y una de las partes o abogados en el arbitraje. La referida indagación puede contribuir de manera eficaz a eliminar las conexiones o los conflictos ocultos que podrían alterar el necesario equilibrio del procedimiento arbitral o incrementar la apariencia de parcialidad de los árbitros designados. Ello ha dado lugar a un capítulo importante

³⁰ D. Cohen, “Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts”, *Rev. arb.*, 2011, n° 3, pp. 611–652.

³¹ Acerca de la importancia de las acusaciones de parcialidad de un árbitro al amparo de la antigua *Arbitration Act* de 1950, *vid.*, en la jurisprudencia inglesa, el asunto *Tracomin SA v. Gibbs Nathaniel (Canada) LTD and another*, [1985] 1 Lloyd's Rep 586.

dedicado al estudio de los procedimientos de investigación que conciernen a las partes, a los abogados de las partes y a los propios árbitros en este sector³², que se caracteriza por su gran casuismo³³. En este estudio prescindiremos de su consideración.

Por último no pueden descartarse acciones de evidente mala fe procedentes de una de las partes con el objeto de crear ciertos vínculos con el árbitro y aprovecharse de ellos para proceder en su día a una acción de anulación si el resultado no satisface sus expectativas.

5. La contingencia de este tipo de conflictos se acrecienta una situación real, por mucho que se haya progresado a través de centros de formación y del establecimiento de competiciones entre jóvenes aspirantes, cual es la existencia de un círculo no especialmente amplio de especialistas en arbitraje comercial internacional que están en condiciones de ser árbitros. Ello ha multiplicado, de un lado, la inclinación de los abogados de las partes a nombrar a un determinado árbitro³⁴ o la incitación a seleccionarlo dentro reducidos lobbies; y, de otro lado, la profesionalización de muchos árbitros, algunos de los cuales abandonan las grandes firmas para prestar sus servicios en las denominadas en *boutiques* de arbitraje. Situaciones como las expresadas conducen a que el deber de independencia cada vez sea más cuestionado y a que las recusaciones se hayan multiplicado estén a lo orden del día. El resultado apunta a una difícil dialéctica entre las oportunidades de ampliar el círculo de los árbitros, o de rotar los nombramientos, y la necesidad de elegir como árbitros, sobre todo en litigios de gran complejidad, a personas que cuentan con una acreditada experiencia y, por qué no decirlo, de una infraestructura adecuada. Además, la circunstancia de que los árbitros y los abogados acostumbren a desempeñar sus funciones en este reducido círculo, perteneciendo muchas veces a una asociación gremial o profesional³⁵, no deja de

³² F. Mantilla Serrano y P. Pinsolle, "La independencia del árbitro y su obligación de revelación", *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, pp. 879–908, esp. pp.890–893.

³³ Y también las posibilidades de utilizar los recursos de una empresa de investigación independiente, externa y especializada en investigaciones de antecedentes, que tenga acceso a una gran cantidad de bases de datos y cuente con un personal especializado.

³⁴ D. Hascher, "Comparison between the Independence of State Justice and the Independence of Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2007: independence of arbitrators*, pp. 81–82.

³⁵ *V.gr.* vinculada al Derecho marítimo, *vid.* J.P. Meade, "Disclosure Requirements Imposed on Arbitrators in Maritime Arbitrations under United States Law", *Lloyd's Maritime and Commercial L. Q.*, 1975, pp. 399–411.

producir susceptibilidades en la parte que ha perdido el asunto y la tentación de utilizar este argumento para intentar la anulación del laudo arbitral³⁶. De ahí que exista una tendencia por parte de estas entidades a considerar en sus códigos éticos que la pertenencia de un operador jurídico a ellas es una circunstancia que no precisa ni siquiera ser revelada a las partes caso de ser nombrado árbitro o que está dentro de la denominada “lista verde”.

2. Deber de revelación

6. Habida cuenta la naturaleza corporativa del arbitraje y de la existencia cada vez más frecuente de “conflictos de intereses” entre los árbitros y las partes (y su entorno de defensa jurídica), tanto los sistemas estatales como corporativos de arbitraje han adoptado normas para impedir que los vínculos económicos, profesionales o de cualquier otro tipo que posean los árbitros afecten a la independencia del tribunal arbitral. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses³⁷. Dicho deber está ampliamente reconocido a través de diferentes culturas jurídicas³⁸ y las legislaciones³⁹ y los reglamentos de

³⁶ La jurisprudencia española considera restrictivamente esta posibilidad: “El hecho de ser asociado de la Corte, en principio, no implica nada más que pasar a formar parte de una lista de árbitros elegibles para resolver eventuales controversias...” (SAP Madrid 9ª 13 junio 2007, *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 425). “De la relación de amistad y de pertenencia a la Junta Directiva de una asociación de dos de los árbitros y del letrado de una de las partes no puede inferirse de forma inequívoca que la imparcialidad que debe presidir la actuación del tribunal arbitral se haya visto quebrantada sobre todo teniendo en cuenta que no se sustentan en datos objetivos en relación a las partes ni en relaciones de parentesco con los letrados...” (SAP Madrid 25ª 15 febrero 2008, *ibid*, nº 426 y nota de S. Álvarez González, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 273–276). “(S)o pena de llegar al absurdo de entender, que la pertenencia al Cuerpo de Abogados del Estado produce vínculos tan fuertes con las instituciones y organismos del último, que sus miembros, aunque se encuentren en situación administrativa de excedencia voluntaria, incluso cuando hayan perdido la condición por renuncia u otra causa, quedan rodeados de un halo de parcialidad que les impide ser árbitros de contiendas en que participen entidades o empresas de titularidad pública (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008, *ibid*, nº 432).

³⁷ L. Shore, “Disclosure and Impartiality: An Arbitrator’s Responsibility vis-a-vis Legal Standards”, *Disp. Res. J.*, 2002. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200202/ai_n9069935/.

³⁸ J.H. Carter, “Recent Developments in Arbitration Disclosure Law and Practice in Contemporary Issues”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers: 2007* (A. Rovine, ed.), Nijhoff, 2008, pp 201 ss.

³⁹ En el caso de Suiza la obligación se ha configurado por vía jurisprudencial. Con posterioridad la Ley de DIPr de 1987 dispuso en su art. 180 que “*Un arbitre peut être récusé: (...) lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance*”.

arbitraje, con carácter más riguroso por lo general, establecen a este efecto el principio según el cual el árbitro debe revelar inmediatamente cualquier circunstancia que pueda dar lugar a una duda razonable acerca de su imparcialidad o independencia⁴⁰. El texto exacto puede variar, pero el principio general es de universal aceptación: cada parte en un arbitraje tiene derecho a esperar que se puede tener plena confianza en un árbitro.

La pauta ha sido trazada por el art. 12.1º LMU: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”⁴¹. Consecuentemente no resultan de recibo simples dudas acerca de su imparcialidad o independencia; por el contrario, éstas deben ser objetivamente justificadas o, dicho en otros términos, apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el árbitro no es ajeno al litigio o que permitan vislumbrar que el caso concreto dicho árbitro vaya a fallar al margen de las normas rectoras del arbitraje.

7. Nos hallamos ante una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y que es una consecuencia directa del principio general de buena fe⁴². Ahora bien, si el enunciado de semejante estándar es, en la hora actual, más o menos uniforme su interpretación y aplicación está

En los EE UU, las reclamaciones contra los árbitros por no revelar los conflictos de intereses no entrañan la pérdida de la inmunidad arbitral. De conformidad con la *Section 14(c)* de la *Revised Uniform Arbitration Act 2000*, “an arbitrator’s failure to make a disclosure required by Section 12 does not cause any loss of immunity under this section; the typical remedy for a failure to disclose of interest is vacatur under Section 23 of the act”.

⁴⁰ A.K. Hoffmann, “Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: the Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach”, *Arb. Int’l*, vol. 21, n° 3, 2005, pp. 427–436.

⁴¹ En la misma dirección el art. 11 Regl. Uncitral de 2010 establece que “Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto”.

⁴² El deber de revelación en el arbitraje presenta un contenido sustancialmente diverso que el de la mediación. *Vid.* B. Wolski, “ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation”, *Int’l J. Private L.*, vol. 5, n° 2, 2012, pp. 185–199.

muy lejos de conseguirse y de generalizarse⁴³. El árbitro únicamente podrá responder con precisión a los cuestionarios que las instituciones arbitrales le suministran⁴⁴ a partir de una información completa sobre las partes y verificar, lo más objetivamente posible, la ausencia de conflicto de intereses, o al menos la obligación que sobre él pesa de divulgar determinadas circunstancias.

En cualquier caso, el árbitro debe contar en cada caso concreto con suficientes elementos para determinar qué aspectos debe revelar a las partes para que estas consideren si afectan verdaderamente a su imparcialidad e independencia y en qué casos debe proceder su abstención; y para ello debe adoptar una actitud activa realizando, si es menester, determinadas indagaciones (*v.gr.*, en relación con los conflictos de interés que atañen a la firma donde trabaja como abogado o como consejero⁴⁵). El deber de revelación ha sido descrito a partir de aquí como un auténtico “seguro de vida” de la instancia arbitral⁴⁶. Por eso su incumplimiento puede traer consigo, aunque existe una cierta diversidad de enfoques en los sistemas estatales en orden a las sanciones, tres mecanismos sancionadores: la anulación del laudo arbi-

⁴³ *Vid.* las consideraciones de A.J. Van den Berg, “Justifiable Doubts as to Arbitrator’s Impartiality or Independence”, *Leiden J. Int’l L.*, vol. 10, n° 3, 1997, pp.509–519.

⁴⁴ Por ejemplo la Corte de arbitraje de la CCI establece la siguiente fórmula: “... *whether there exists any past or present relationship, direct or indirect, between you and any of the parties, their related entities of their lawyers or other representatives, whether financial, professional or of any other kind. Any doubt must be resolved in favour of disclosure. Any disclosure should be complete and specific, identifying inter alia relevant dates (both start and end dates), financial arrangements, details of companies and individuals, and all other relevant information*”.

⁴⁵ So pena de que si no realiza diligentemente estas pesquisas el laudo pueda ser anulado. La Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia, 19 noviembre 2007, Caso No. T 2448–06/NJA 2007 (asunto *Lind*) (http://www.arbitration.sccinstitute.com/files/108/1083436/T2448-06_en%20English.pdf) afirmó a este respecto que “*At least, when as in the case in question, the relationship between the law firm and the client is of commercial importance to the law firm, it must be deemed that the interest and loyalty ties between the partners and employed lawyers of the law firm on the one hand and the client on the other hand is such a circumstance that may shake the trust in the impartiality of an arbitrator employed by the law firm, when the client is part of the arbitration proceeding*”. Añadiendo que “*A relationship damaging to trust must be deemed to exist even if the arbitrator has not himself had direct client contact with the party, the arbitration activities have been carried out separately from the lawyer activities, or if the arbitration dispute has related to issues other than such as the client assignment normally included*”. *Vid.* las observaciones de J. Fellas y de P. Schöldström en *Stockholm Int’l Arb. Rev.*, 2007, n° 3, pp. 175–183 y 184–187, respectivamente.

⁴⁶ Clay, Th. *L’arbitre*, París, Dalloz, 2001, p. 318.

tral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro⁴⁷. A partir de aquí puede repararse en que el deber de declaración tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo.

3. Alcance e inflexiones

8. Rara vez acontece que en las cláusulas de arbitraje que opten por un arbitraje *ad hoc* se detallan pautas negativas que fijen impedimentos y obligaciones del árbitro para evitar situaciones conflictivas, especialmente aquéllas que no están previstas claramente como causales de recusación. No debe descartarse, sin embargo, la posibilidad de establecer en el convenio arbitral o en los reglamentos de arbitraje institucional, que el árbitro deba prestar por escrito una declaración de intereses, que garantice sus condiciones profesionales para el ejercicio de su misión.

La verdad es que la obligación que estamos examinando tiene plena efectividad en el arbitraje administrado por la existencia de un centro de arbitraje que puede intervenir ejerciendo una labor de control al contar con competencia para pronunciarse sobre una eventual recusación de los árbitros por existir conflictos de intereses de carácter comercial⁴⁸, profesional, financiero o familiar. Incluso se afirma que ese control es, precisamente, una de las virtudes esenciales del arbitraje administrado. Junto al objetivo de preservar el prestigio de la institución administradora, semejante control pretende evitar, en la medida de lo posible, eventuales consecuencias indemnizatorias derivadas de acciones de responsabilidad civil que podrían resultar de una actuación negligente de los árbitros, sobre todo en determinados sistemas de arbitraje, cada más sensible a estas cuestiones.

Resulta claro que si es ineludible acudir al juez para el nombramiento de los árbitros, la labor decisoria este último, esencial para la puesta en marcha del arbitraje, puede quedar facilitada por las nor-

⁴⁷ Ch. Seraglini, *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), Paris, Litec, 2005, pp. 980–988; Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 325–372, esp. P. 364.

⁴⁸ En el arbitraje SCC/V 190/2010 regido por el Regl. SCC la demandante impugnó el árbitro designado por el demandado alegando que el árbitro era dueño de una empresa que negociaba la entrega de equipo similar con demandante y que su conocimiento de los detalles comerciales y técnicos de la relación entre las partes socavaba su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo estimó la impugnación (F. Mutis Tellez, “Arbitrators’ Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...”, *loc. cit.*).

mativas nacionales en el sentido de no incluir circunstancias especiales que puedan conducir a las partes a utilizar tácticas dilatorias que pongan en peligro el propio procedimiento arbitral, constituyendo un verdadero cáncer del mismo⁴⁹. De lo expuesto se infiere que el deber de diligencia de los árbitros supone el mejor antídoto contra la voluntad maliciosa de las partes de dilatar el procedimiento. Así ocurre con las legislaciones que insertan criterios objetivos como la independencia del árbitro, que pueden dar lugar a impugnaciones forzadas basadas en una aparente imparcialidad del mismo⁵⁰.

9. Partiendo de que hay grandes similitudes en su tratamiento, el alcance del principio experimenta ciertas inflexiones en los distintos sistemas estatales que contemplemos. Sin ánimo de exhaustividad nos referiremos al norteamericano, al francés y al español

10. En EE UU⁵¹ la jurisprudencia considera que se está ante una flagrante parcialidad del árbitro cuando se acumulen cuatro circunstancias: la existencia de un interés personal, la presencia de una relación directa entre el árbitro y la parte que se supone favorecida, la constancia de que concurre una relación de causalidad entre dicha relación y el arbitraje y, por último, la inmediatez temporal de tal relación y el procedimiento arbitral⁵². De esta suerte, cuando exista la más mínima duda sobre la presencia de conflicto de intereses por parte de los árbitros debe distinguirse entre las relaciones que pueden determinar directamente la conducta del árbitro de aquellas que posean un carácter meramente baladí⁵³. El juez Posner, en el asunto *Merit Insurance Co. v. Leatherby Insurance Co.*, afirmó que

⁴⁹ B.M. Cremades, "El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

⁵⁰ E. Gaillard, "Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796, esp. p. 761; A. Fré, "Delaying Tactics in Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 4, 2004-2005.

⁵¹ L. Shore, "Disclosure and Impartiality: An Arbitrator's Responsibility vis-a-vis Legal Standards", *Disp. Res. J.*, vol. 57, n° 1, 2002; M.T. Rossein y J. Hope, "Disclosure and Disqualification Standards for Neutral Arbitrators: How far to Cast the Net and what is Sufficient to Vacate Award", *St John's L.Rev.*, vol. 81, 2007, pp. 203-257.

⁵² *ANR Coal Co. Inc. v. Cogentrix of North Carolina*, 173 F.3d 493 (1979), n° 28. <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/173/173.F3d.493.98-1753.html>. Vid. J.H. Carter, "Recent Developments in Arbitrators Disclosure Law and Practice", *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation (The Fordham Papers 2007)*, (A.W. Rovine, ed.), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 201-216, esp. 203-204.

⁵³ A.R. Robertson y L.M. Brennan, "The Law on Overturning Arbitration Awards for Partiality Is Confused", *The Committee on Commercial Court Business Litigation*, vol. 10,

“... the test in this case is not whether the relationship was trivial; it is whether, having due regard for the different expectations regarding impartiality that parties bring to arbitration than to litigation, the relationship between Clifford and Stern was so intimate—personally, socially, professionally, or financially—as to cast serious doubt on Clifford’s impartiality”⁵⁴.

El fallo en cuestión es importante porque aunque el árbitro acreditó que no había motivos suficientes para determinar la falta de independencia o imparcialidad, el Tribunal Supremo entendió que había incumplido su deber de declarar. Desde entonces, algunos tribunales federales han vertido una importante variedad de criterios, ciertamente unos más estrictos que otros, para determinar si una revelación incompleta o contradictoria puede dar lugar a una situación de la parcialidad inequívoca.

Otro asunto significativo fue *Morelite Construction Corp. v. New York District Council Carpenters Benefit Funds* por afectar a las relaciones entre el árbitro y su padre, que había ejercido un cargo importante de una de las empresas en litigio. El Segundo Circuito consideró que en el caso concurría en el árbitro una manifiesta parcialidad, aunque entendió que: “we are bound by our strong feeling that sons are more often than not loyal to their fathers, partial to their fathers, and biased on behalf of their fathers”⁵⁵.

Por último, una decisión más reciente, también proveniente del Segundo Circuito, en el asunto *STMicroelectronics, N.V. v. Crédit Suisse Securities*⁵⁶, entendió de la anulación de un laudo arbitral por una supuesta deficiencia en la revelación del árbitro en relación con un ciertas actividades que había realizado con anterioridad como perito. El tribunal rechazó la petición descartando, en este caso concreto, la eventual predisposición del árbitro por haber emitido alguna opinión anterior sobre el tema objeto del litigio. Para ello consideró que no se podía exigir al árbitro realizar una investigación acerca de sus actuaciones pasadas como perito y, además, lo que es mucho más revelador, reconvino a la solicitante de la nulidad por no haber requerido al árbitro que ampliara su declaración y aprovechó para afirmar que en casos como este corresponde a la recusante la carga de la prueba de

nº 3, 2009 <http://www.cpradr.org/DesktopModules/iBN%20News%20Articles/Download.aspx?AttachmentID=147>.

⁵⁴ 714 F.2d 679 (7th Cir. 1983). <http://openjurist.org/714/f2d/673>.

⁵⁵ 748 F.2d (2th Cir. 1984), nºs 79 ss, esp. nº 84 . <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/748/748.F2d.79.84-7351.86.html>.

⁵⁶ Sentencia de la *US Court of Appeal*, Second Circuit, 2 junio 2011. <http://federal-circuits.vlex.com/vid/stmicroelectronics-suisse-securities-usa-280049291>.

las circunstancias supuestamente ocultadas por el recusado, tanto con anterioridad como durante el arbitraje. Este fallo contrasta con el contenido decisión de la *Delaware Chancery Court* en el asunto *Chartis Specialty Ins. Co. v. Clearwater Ins. Co.*⁵⁷. Aquí el recusante demostró que el árbitro había sido autor o participado en la redacción de más de 20 documentos relacionados con el litigio que se ventilaba y el tribunal, tras pronunciarse sobre el eventual empleo del *discovery* en esta materia, consideró tales argumentos verosímiles en apoyo de una clara evidencia de deshonestidad y de una apariencia razonable de parcialidad del árbitro por su participación en un litigio anterior y, en todo caso, relevantes para decretar la nulidad del laudo.

11. En el Derecho francés la obligación de revelación posee un contenido propio en el art. 1456.2º NCPC, reformado por el Décret nº 2011-48, de 13 enero 2011 (*“Il appartient à l’arbitre, avant d’accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d’affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l’acceptation de sa mission”*). Dicho precepto presenta una doble subjetividad en el sentido de que el árbitro no sólo debe revelar lo que él cree que debe revelar sino aquello que las partes considerarían una causa de recusación, lo cual le obliga a realizar un razonamiento que tiende a objetivar la situación⁵⁸. Puede afirmarse así que en el sistema francés la independencia y la imparcialidad deben apreciarse de manera objetiva: basta que se genere una duda legítima acerca de esos extremos sin que sea menester proceder a su verificación⁵⁹.

A partir de aquí resulta obligado distinguir entre la “revelación”, que confiere a las partes la posibilidad de recusar al árbitro, y la “recusación”, que puede ponerse en marcha cuando no existan unos criterios precisos de independencia y de imparcialidad por parte del árbitro⁶⁰.

Refiriéndose al antiguo art. 1452.2º CPC, la jurisprudencia francesa ha tenido varias ocasiones para insistir en que la independencia es

⁵⁷ No. 6103–VCN (Del. Ch. 2011). <http://www.delawarebusinesslitigation.com/uploads/file/chartis.pdf>.

⁵⁸ Vid. Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre...”, *loc. cit.*, pp. 347–348.

⁵⁹ M. Henry, *Le devoir d’indépendance de l’arbitre*, París, LGLJ, 2001; F. Henry, *Les procédures de recussation et de dessaisissement*, Bruselas, Larcier, 2009, p. 125 ss.

⁶⁰ CA París, 2 abril 2003 (*Frémarc / ITM Entreprise*), *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 ss y nota de E. Gaillard.

una parte esencial de la función jurisdiccional de un árbitro como resultado del carácter de juez que tiene *vis-à-vis* las partes en el arbitraje. Según dicha jurisprudencia la obligación de información que recae sobre el árbitro con el objeto de permitir a las partes ejercer su derecho de recusación debe apreciarse tanto respecto a la notoriedad de la situación impugnada como respecto a su incidencia en el juicio del árbitro. Dicha jurisprudencia es pródiga en ejemplos sancionadores de una mala práctica del deber de información⁶¹.

12. El art. 17.2º LA española recoge puntualmente el sentido del art. 12.1º LMU configurándose como una obligación que el árbitro debe cumplimentar antes de aceptar su nombramiento, suprimiéndose la remisión que la normativa anterior a los motivos de abstención y de recusación de los jueces y magistrados⁶². Por su parte la Regla 11(1) de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje establece que el árbitro deberá “revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia (“circunstancias de revelación”). La buena fe y el deber de transparencia exigen que los candidatos revelen todas las circunstancias que potencialmente, desde el punto de vista de las partes, pudieran generar dudas sobre su independencia e imparcialidad”.

La doctrina emanada de los tribunales de justicia española de los últimos años ha podido establecer una “genuina configuración constitucional” en la materia que nos ocupa⁶³. El alcance del deber de declaración ha sido puesto de relieve en el asunto *Skoda Power, S.A. / Abener Energía-El Sauz, S.A. de C.V.* donde la SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008 afirmó que el árbitro debe, conforme al

“... deber de imparcialidad e independencia, revelar a las partes y a la Secretaría de la Corte, aquellos hechos o circunstancias que surjan durante la tramitación del arbitraje

⁶¹ *Inter alia*, CA París (1º Ch. suppl.), 2 junio 1989 (*Société Gemanco / S.A.E.P.A. et S.I.A.P.E.*), 28 junio 1991 (*KFTCIC / Icori Estero*) y 30 junio 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*), *Rev. arb.*, 1991, pp. 87 ss; 1992, pp. 568 ss y nota de P. Bellet y 1996, pp. 496–502.

⁶² J.B. Mateo Sáenz, “Art. 17. Motivos de abstención y recusación”, *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje* (dir. V. Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, pp. 306–308; J. Montero Aroca, “Art. 17 Ley Arbitraje”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. S. Barona Vilar), Madrid, 2004, p. 673; J.Mª Ruiz Moreno, “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, recusación y abstención”, *Estudios sobre arbitraje. Los temas clave* (J.L. González Montes, coord.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 73–112, esp. p. 97. Existen numerosas coincidencias entre ambas funciones; como puso de relieve la SAP Madrid 28 julio 2005, cit.; sin embargo, la STSJ Aragón CP 8 enero 2013 (RJ\2013\2885) insiste en la especialidad del arbitraje en esta cuestión.

⁶³ J. Sánchez Calero, “La abstención y recusación del árbitro”, *loc. cit.* p. 336.

y puedan afectar a esa independencia o imparcialidad, lo que lleva a examinar hasta dónde se extiende ese deber de información o revelación por parte del árbitro, debiendo proceder en su caso a comunicar todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre esa imparcialidad, dudas que pueden surgir no sólo en el árbitro desde un punto de vista subjetivo, sino también desde un punto de vista objetivo que pueda llevar a las partes a poner en duda esa imparcialidad o independencia”⁶⁴.

Y aunque sin considerar de aplicación directa las reglas de la IBA, ha apuntado, cautamente, que la existencia de una circunstancia no declarada incluíble en la “lista naranja” es susceptible de anular un laudo arbitral

“... existen cuando menos dos circunstancias que encajarían en el listado naranja, que supone que el árbitro debe, ante la duda, ponerlas de manifiesto (norma general 3), como son el hecho de que el yerno del Sr. árbitro trabaja en el despacho que defiende en el arbitraje a la hoy demandada (supuesto 3.3.5) y la emisión de dictámenes para entidades vinculadas con la hoy demandada (supuesto 3.1.1), por lo cual, la hipotética aplicación de tales normas no haría sino llevar a concluir que debieron ponerse de manifiesto tales circunstancias, constituyendo por ello un motivo que, si bien no sería causa de recusación, incidiría en la procedencia de la misma”⁶⁵.

4. Precisión temporal

13. El deber de información al que nos estamos refiriendo comienza en el momento designación o propuesta de nombramiento el árbitro por lo que no posee un carácter meramente estático toda vez que persiste hasta que se produzca el momento de la emisión del laudo arbitral, por ejemplo un árbitro que es designado magistrado de una Corte Constitucional o abogado interno de una determinada empresa. Y se materializa en declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de interés. Por eso si revela alguna circunstancia que pueda condicionar su actuación las partes deben pronunciarse al respecto, si lo consideran oportuno, dentro de un plazo breve que suele estar fijado en los Reglamentos de arbitraje; si en tal plazo no se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones⁶⁶. Es cierto que una cosa es el conocimiento del conflicto por el árbitro en el momento de la constitución del tribunal arbitral y otra distinta el deber de revelación cuando aparecen nuevas circunstancias a lo largo del procedimiento;

⁶⁴ *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 416. *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 554 ss y nota de C. Martín Brañas.

⁶⁵ *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 418; J. Sánchez Calero, *loc. cit.*, pp. 338–339.

⁶⁶ Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss.

no obstante, la relación de confianza entre el árbitro y las partes requiere una información continuada y precisa que no queda suplida con una vaga manifestación de que una de las partes acaso pudiera considerar situaciones de incompatibilidad con la exigencia de independencia. Como afirmó la *cour d'appel* de París en la primera sentencia *Tecnimont*,

*"... le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance, sans que Tecnimont qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle même, une de ses filiales ou sa société mère avaient fait appel à Jones Day puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, 2200 avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par M. Jarvin aux parties à l'arbitrage lui ont été communiquées par son cabinet"*⁶⁷

Dichos conflictos involucran fundamentalmente a circunstancias presentes o pasadas que pueden inducir al árbitro a una posición más favorable hacia una de las partes y por esa razón las instituciones arbitrales exigen con carácter previo a la designación de los árbitros que los candidatos rellenen unos cuestionarios *ad hoc* en los que se despeje cualquier sombra de duda acerca de las referidas circunstancias, máxime cuando se trata de un arbitraje de naturaleza internacional, donde resulta más incierto precisar el eventual interés que puede vincular al árbitro con el litigio. Este deber de revelación perdura, como se ha indicado, durante el procedimiento arbitral en el sentido de que cualquier comunicación entre los árbitros y las partes o sus abogados debe darse a conocer de inmediato al resto de las partes y a los otros miembros del tribunal arbitral. Dicho queda que el nominado debe revelar cualquier vínculo económico, comercial, profesional, familiar o social, presente o pasado, que pudiera afectar su imparcialidad o crear razonablemente la apariencia de parcialidad o prejuicio; y esos vínculos se extienden no sólo a las partes y con sus abogados, sino a cualquier persona que presumiblemente deberá declarar como testigo; asimismo debe revelar cualquier vínculo de ese tipo que exista con algún miembro de sus familias o con sus actuales empleadores, asociados o socios comerciales.

Los sistemas del *common law* son especialmente sensibles a esta cuestión considerando que es mejor una declaración por exceso que

⁶⁷ CA París (1^{ère} Ch. Sec. C) 12 febrero 2009, *S.A. J Cour P Avax S.A. / Société Tecnimont SPA*, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss.

por defecto sobre todo en la fase en que las partes cuentan con la posibilidad de aceptar o de rechazar al árbitro.

La jurisprudencia española también se ha pronunciado sobre el ámbito temporal del deber de declaración en la SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008 en un caso en que el presidente del tribunal arbitral, en el transcurso de un procedimiento arbitral cambió de despacho

“El art. 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional [CCI], y el art. 17 LA establecen no sólo la obligación que tiene todo árbitro de ser y permanecer independiente de las partes, sino también el deber de comunicar inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes cualquier hecho o circunstancia que surja durante la tramitación del procedimiento arbitral, susceptible, desde un punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. Tal como se ha expuesto, ha quedado acreditado en los autos, que las conversaciones entre el despacho X e Y para su fusión o integración se iniciaron a principios mayo 2006, según reconocimiento de D. M. en su declaración como testigo, la primera conversación sobre este tema tuvo lugar el día tres mayo 2006, y el laudo fue firmado de forma definitiva por las partes el 28 junio 2006, es decir que desde el día 3 mayo 2006 fecha en que se iniciaron las conversaciones entre el despacho de abogados en el que estaba integrado el presidente del tribunal arbitral y el despacho de letrados que asesoraba a una de las partes en el procedimiento arbitral, hasta el día 28 junio 2006 se estaban desarrollando las conversaciones entre ambos despachos de abogados para su integración. Con relación a la relevancia de estos hechos, y si los mismos debían ser comunicados por el árbitro afectado por esta situación a la Secretaría de la Corte como a las partes, a pesar de la confidencialidad que debe reconocerse a dichas negociaciones, teniendo en cuenta que los árbitros no sólo deben ser realmente independientes de las partes, sino también debe mantener esa independencia formal o externa, a fin de evitar toda duda sobre esa independencia o imparcialidad, tal hecho, como es las negociaciones existentes entre ambos despachos de abogados, el despacho en el que se hallaba integrado el árbitro—presidente del Tribunal y el despacho que asesoraba a una de las partes, tiene suficiente relevancia a los efectos de que debía ser comunicado a las partes en el cumplimiento que este deber que establece tanto el art. 7 del Reglamento de la CCI, como el art. 17 LA, sin que pueda servir de justificación a dicha omisión la mayor o menor amplitud o extensión que pueda existir entre los despachos de abogados afectados, y que no existiera sobre esa cuestión ninguna conversación entre ambos despachos, por ser letrados y personas distintas las que asumieran las conversaciones sobre la fusión o integración, y otros letrados los que asumieron el asesoramiento el procedimiento arbitral de una de las partes en dicho procedimiento”⁶⁸.

⁶⁸ *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 417. Este planteamiento resulta generalmente aceptado en todos los sistemas arbitrales de nuestro entorno. *V.gr.*, de conformidad con la Sentencia de la *Cour d'appel* de Bruselas de 29 octubre 2007, caso nº. R.G. 2007/AR/70 *République de Pologne / Eureko BV et al.*, *cit.*: “*a juste titre Eureko BV souligne que les instructions de l'IBA (International Bar Association) indiquent que si des liens tels qu'invoqués par la République de Pologne existent mais ne sont pas divulgués, cette circonstance comme telle ne doit pas conduire automatiquement à une récusation. Seul les faits ou circonstances en soi qui n'ont pas été divulgués peuvent avoir cette conséquence*” (*ASA Bull.*, vol. 26, 2008, p. 565).

III. Resultado de la declaración

1. Contenido

14. De lo expuesto en el epígrafe anterior se infiere que el deber de revelación constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral⁶⁹ ya que resulta fundamental para el mantenimiento de la percepción de independencia y la imparcialidad. Sólo cuando un árbitro ha revelado todas las potenciales situaciones de conflicto las partes están en disposición de adoptar una decisión fundamentada para objetar al candidato a árbitro o para renunciar a dichas objeciones aceptando, por ende, que las circunstancias descritas no afectan la independencia e imparcialidad del candidato. Por lo tanto el deber de divulgar no sólo sirve como mecanismo para un análisis exhaustivo de las cualidades del posible árbitro, sino también tiene la virtud de aislar a éste de una indagación posterior acerca de su situación. Su finalidad es doble: de un lado, asegura a las partes y a las instituciones arbitrales la información necesaria para evaluar la idoneidad del árbitro en un determinado asunto; de otro lado, estimula la transparencia y la confianza en el proceso al asegurar que todos sus participantes (árbitros, abogados, partes e instituciones arbitrales) sean conocedoras de las circunstancias que concurren el árbitro que puedan dar lugar a una eventual toma de decisiones de carácter parcial⁷⁰. En principio las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que asumen la iniciativa de verificación pues el árbitro puede realizar declaraciones incompletas, equívocas o erróneas en detrimento de la exhaustividad y la severidad para consigo mismo que debe presidir la declaración de independencia del árbitro⁷¹.

No es pacífica la determinación del contenido de la declaración. Frente a un sector que propugna que deber develarse “todas” las circunstancias susceptibles de afectar a la independencia del árbitro, incluso aunque tales circunstancias no estén contempladas en la re-

⁶⁹ Cf. Th. Clay, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, *L’impartialité du juge et de l’arbitre: étude de droit comparé*, Bruselas Bruylant, 2006, pp. 199–237, esp. p. 218 y 235.

⁷⁰ C.A. Rogers, “Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct”, *Stanford J. Int’l L.*, vol. 41, 2005, pp. 53–55 y 77.

⁷¹ Th. Clay, *L’arbitre*, *op. cit.*, nos 378–395.

glamentación arbitral de un determinado sistema⁷², otras posiciones consideran que debe realizarse un estudio pormenorizado del contexto en que tales circunstancias se producen⁷³. La posición maximalista parece, sin embargo, imponerse y alcanza incluso al deber del árbitro de declarar aspectos de su situación personal que pueden ser notorios para los profesionales que se mueven en el mundo del arbitraje pero desconocidos para las partes⁷⁴.

15. La declaración debe ser lo suficientemente precisa para que las partes estimen a través de su particular punto de vista si puede servir de base para proceder a la descalificación del árbitro, incluso aunque los hechos o circunstancias no revelados, no justifiquen por sí mismos, dicha descalificación. Es útil recordar las palabras de la opinión de un miembro del tribunal en el caso *Commonwealth Corp* por el cual se dictaminó que es mejor que se haga pública la situación conflictiva en un primer momento, cuando las partes tienen la libertad de rechazar o aceptar al árbitro sabiendo de la existencia de dicha situación. Al mismo tiempo debe reconocerse que las relaciones comerciales de un árbitro pueden ser verdaderamente diversas y comprometer relaciones mercantiles más o menos remotas con mucha gente. De acuerdo con ello, no debe esperarse que un árbitro “*to provide the parties with his complete and unexpurgated business biography*” y tampoco se insta al árbitro “*has done more than trivial business with a party, that fact must be disclosed*”⁷⁵ hasta llegar a situaciones absurdas como el deber de declarar un encuentro fugaz en la calle, pertenecer al mismo comité editorial de una revista científica que el abogado que lo ha designado, participar ambos en un

⁷² Cf. G. Kuetgen, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre en droit belge”, *L’impartialité du juge...*, *op. cit.*, pp. 275 ss.

⁷³ Resulta de enorme interés la lectura del estudio de W.W. Park, “Arbitrator Integrity: the Transient and the Permanent”, *San Diego L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp.629–706, esp. pp. 642–644.

⁷⁴ Para N. Meyer Fabre, en este especial contexto “*mieux vaut trop que pas assez*”. *Vid.* el resumen de su intervención en el seminario organizado por la Comisión de Arbitraje francesa de la CCI el 5 julio 2012, “Les nouveaux défis des fonctions d’arbitre”.

⁷⁵ U.S. Supreme Court, *Commonwealth Corp. v. Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968) 393 U.S. 145 (Mr. Justice White with whom Mr. Justice Marshall, joins, concurring). Este razonamiento sería seguido con posterioridad por la *Second Circuit Court of Appeals* en el asunto *Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi*, *cit.* En este caso el Tribunal anuló un laudo por entender que uno de los árbitros, cuyo voto era dirimente, había actuado con parcialidad evidente al no haber investigado la relación existente entre la entidad para la cual trabajaba y una de las partes.

congreso (algo habitual e, incluso excesivo, en el mundo del arbitraje) o pertenecer a una misma asociación científica. Ello le exonera del deber de realizar una declaración exhaustiva siempre que sea lo suficientemente precisa e indique la naturaleza de las relaciones (amistosas, académicas, profesionales...) que el árbitro mantenga con todos los actores de la instancia arbitral.

Entre las cuestiones que deben figurar en el contenido de la declaración cabe señalar, a título de ejemplo, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, mantenga el árbitro con alguna de las partes, las relaciones académicas⁷⁶, las relaciones sociales y profesionales de contenido sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje. No en vano, cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes, o entre aquel y una persona que reconocidamente pueda resultar testigo sustancial para el caso, generará normalmente dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro propuesto⁷⁷. Asimismo, debe declararse cualquier otra circunstancias o hechos que puedan originar dudas justificadas respecto de la independencia o imparcialidad; el ámbito de estos últimos ofrece una particular relevancia cuando el árbitro designado pertenezca a una firma de abogados que defienda los intereses de una de las partes, incluso en otro país distinto de donde deba tener lugar el pretendido arbitraje.

La falta de divulgación por el árbitro de determinados extremos no comporta, *prima facie*, una la manifiesta falta de imparcialidad, a menos que las circunstancias de no divulgación pongan en tela de juicio la capacidad del árbitro para ejercer un juicio independiente e imparcial.

⁷⁶ *V.gr.*, si el árbitro es un profesor universitario que ha sido designado por otro profesor que posee una importante influencia en su carrera académica futura. En el arbitraje SCC/U 115/2010 regido por el Regl. Uncitral la demandante impugnó al árbitro designado por la demandada sobre la base de que su relación personal con el abogado de los demandados, pues ambos habían escrito varios libros y artículos jurídicos; se daba además la circunstancia de que ambos eran profesores de la misma Universidad. No obstante el Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo desestimó la recusación (F. Mutis Tellez, "Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...", *loc. cit.*).

⁷⁷ En la jurisprudencia inglesa: "... *whether circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality*" (*Laker Airways, Inc. v. FLS Aerospace Ltd.* [2000] 1 W.L.R. 13).

2. Tipología

16. El catálogo de situaciones susceptibles de poner en duda los compromisos éticos del árbitro es interminable⁷⁸, como también lo son los estudios y comentarios jurisprudenciales que van, poco a poco, despejando las situaciones. La tipología es tan variada como los intereses contrapuestos que se enfrentan a ellos, por lo que se trata de una discusión que nunca podrá considerarse cerrada por completo. Cabe detenerse, sin embargo, en ciertas cuestiones que nunca desaparecen de los debates en este sector.

Un primer bloque incluye varias situaciones. En primer lugar, el denominado “ejercicio camaleónico” de las actividades arbitrales por profesionales que cambian de funciones en el proceso arbitral, actuando unas veces como consejero de las partes y otras como árbitro⁷⁹, lo cual tiene una variante muy significativa en los arbitrajes de inversiones⁸⁰. En segundo lugar, los casos de *repeat players* en que

⁷⁸ P.W. Egger, “Independence, Impartiality and Disclosure in International Arbitration: Recent Developments”, *Yearb. Int'l Arb.*, 2010, pp. 103–113; en el arbitraje de inversiones *vid.* L. Malintoppi, “Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators”, *Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski y otros. eds.) Oxford University Press, 2008, pp. 789–829; N. Rubins y B. Lauterburg, “Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration”, *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences* (C. Knahr y otros, eds.), Utrecht, Eleven International, 2010, pp. 153–180.

⁷⁹ N. Bernasconi, N. Osterwalder, J. Johnson y F. Marshal, “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel”, *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Nueva Delhi, 27–29 octubre 2010, IISD, 2011. En el arbitraje SCC/V 177/2011 regido por el Regl. SCC el demandado impugnó el árbitro designado por el demandante por el hecho de que, entre otras cosas, unos meses antes de la presentación de la solicitud de arbitraje había actuado como abogado de la demandante en un litigio ante los tribunales nacionales y que estas circunstancias, reveladas por el árbitro en su confirmación de la aceptación, hacían disminuir la confianza en su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la recusación (F. Mutis Tellez, “Arbitrators’ Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...”, *loc. cit.*).

⁸⁰ En el asunto *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad* (District Court de La Haya, 18 octubre 2004, Challenge No. 13/2004; y Challenge No. 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, de 5 noviembre 2004) se trataba de la recusación de un miembro de un tribunal arbitral que era a la vez abogado en otro arbitraje conectado con el asunto que trataba. El tribunal holandés resolvió el caso con una sorprendente solución salomónica pues no admitió automáticamente la recusación entendiendo que las dudas acerca de la imparcialidad del árbitro quedarían despejadas si renunciaba a ser abogado en el otro arbitraje y, ante tan sutil invitación, el árbitro comunicó a las partes su dimisión como consejero en el segundo arbitraje. *Vid.* H. Mann, “The Emperor’s Clothes come off: a comment on Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, and the Problem of Arbitrator Conflict of interest”, *Transational Dispute Management*, vol. 2, n° 1, 2005. Cabe

un árbitro es designado reiteradamente por la misma parte⁸¹. Por último, los supuesto de designación como árbitro de una persona con la que existe total confianza o, incluso, amistad personal⁸². Estas situaciones afortunadamente no son exponente de la práctica habitual que realizan profesionales con experiencia y que son designados unas veces por el demandante, otras por el demandado y, en ocasiones, como presidente.

Otro grupo de situaciones, que también se desprenden del carácter corporativo inherente al arbitraje, se refieren a la composición de un tribunal arbitral con presencia de dos árbitros que están unidos por evidentes vínculos de amistad. Como quiera que dichos vínculos pueden poner en peligro propia independencia del tribunal la tendencia dominante aboga por exigirles revelar esta relación de amistad antes de aceptar su misión. Y esta obligación de revelación atañe también al co-árbitro que designa regularme a un presidente de tribunal arbitral.

En cualquier caso, el árbitro está obligado a revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su decisión y que provoque "*dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale*"⁸³, v.gr., una información genérica acerca del even-

añadir que las soluciones adoptadas hasta la fecha por el CIADI han recibido severas críticas, entre ellas la de J. Paulsson, en el entido que dicha práctica está marcada por grandes dosis de hipocresía y plagada de subterfugios (cf. J. Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair*, University of Miami School of Law, abril, 2010, p. 6).

⁸¹ F.-Z. Slaoui, "The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification", *Arb. Int'l*, vol. 25, 2009, p. 103. Las reglas de la IBA colocan estas situaciones en la "lista naranja" y, en todo caso, la parte que promueva la recusación debe demostrar que la circunstancia de los nombramientos continuos y regulares ha consolidado creado una relación de influencia en la opinión del árbitro, o que el árbitro ha quedado bajo la influencia de factores externos en el caso que enjuicia por los conocimientos obtenidos en otros asuntos.

⁸² En el arbitraje SCC/V 078/2012 regido por el Regl. SCC en su confirmación de la aceptación, el árbitro designado por el demandado reveló que había sido contratado por el demandado para proporcionar servicios de durante el periodo 2008-2012 y con base en esta circunstancia, la demandante lo impugnó por considerar que la conexión entre el árbitro y el demandado le privaba de aptitud para actuar como árbitro. El demandante explicó, además, que el Director General de la demandada y el árbitro eran viejos amigos y / o compañeros de trabajo profesionales. El Comité de la SCC admitió la impugnación (F. Mutis Tellez, "Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...", *loc. cit.*).

⁸³ CA París (1^{ère} Ch. Sec. C) 12 febrero 2009, *S.A. J Cour P Avax S.A. / Société Techni-mont SPA*, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss y nota de Th. Clay; *vid.*, asimismo, CA París, 2 abril 2003 (*Frémarc c/ ITM Entreprise*), *cit.*

tual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabaja en una firma que asesora a la empresa matriz de una de las partes en el litigio. Por eso si revela alguna circunstancia que pueda condicionar su actuación las partes deben pronunciarse al respecto, si lo consideran oportuno, dentro de un plazo breve que suele estar fijado en los Reglamentos de arbitraje; si en tal plazo no se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones. Además, cuando un árbitro tiene razones para creer que un conflicto de intereses puede existir de hecho tiene la obligación de investigarlo por sí mismo, o debe dar a conocer sus razones para creer que podría haber un conflicto y las razones por las que no lo investiga.

17. Resulta muy reveladora a la polémica que se suscitó en Francia en asunto *Tecnimont* tras la anulación de un laudo parcial debido por el hecho de que el presidente del tribunal de arbitraje, un árbitro internacional de gran prestigio, que era consejero de uno de los bufetes de abogados más grandes del mundo, no había revelado determinadas circunstancias que existían en el momento de su nombramiento, en concreto que formaba parte del bufete que asesoraba a una de las partes⁸⁴. El asunto presenta, en efecto, una relevancia especial. Primero, por proceder de una de las jurisdicciones más importantes del mundo en materia de arbitraje comercial internacional y poseer una proyección ejemplarizante en otros sistemas en los que la cuestión todavía necesita contar con posiciones de mayor firmeza. Segundo, porque supone un avance sustancial dentro de la jurisprudencia francesa, ya de por sí extremadamente sensible a estas cuestiones: por vez primera un tribunal francés anula un laudo por circunstancias que no conciernen directamente al árbitro, en este caso presidente del tribunal arbitral elegido por los otros dos co-árbitros, sino al entorno de la firma

⁸⁴ De conformidad con el sistema de anulación de laudos arbitrales en Francia el laudo fue objeto de tres decisiones. La Sentencia de la *Cour d'appel* de París (1^{er} Ch. Sec. C) 12 febrero 2009 (<http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Misc/Tecnimont.pdf>.) procedió a su anulación, pero este fallo fue casado por la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 noviembre 2010 al entender que la *Cour d'appel* se había pronunciado sobre determinados hechos que no habían sido alegados por la recurrente y que, en consecuencia, había cambiado el objeto de la controversia (<http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1487/Arret-Avax-Tecnimont-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>). Así las cosas el caso se remitió para un nuevo juicio ante la *Cour d'appel* de Reims, que el 2 noviembre 2011, pronunció una nueva sentencia bajo la presidencia del gran especialista en arbitraje D. Hascher, en la que confirmó la anulación del laudo. *Vid., inter alia*, L. Degos, "La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 février 2009, SA J. & P. Avax SA c/ Société Tecnimont SPA", *Cah. arb.*, 2009, n° 4, pp. 6-14.

internacional de abogados donde trabajaba como consejero⁸⁵. La severidad de la sanción y el elevado monto de la indemnización acordada (70.000 euros), de conformidad con lo dispuesto en el art. 700 *NCPC* pone de relieve la importancia que los tribunales franceses conlucieron a la cuestión de la independencia del árbitro por no revelar la existencia de un conflicto de intereses.

De acuerdo con la primera sentencia (*Cour d'appel* de París de 12 febrero 2009), el árbitro está obligado a revelar a las partes, en efecto, cualquier circunstancia que pueda afectar a su decisión y que provoque "*dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale*", v.gr., una información genérica acerca del eventual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabaja como consejero en una firma de abogados multinacional que no sólo asesoraba a la empresa matriz de una de las partes en el litigio, sino a una filial de la misma que le pertenecía en su totalidad. Y a ello se añadían otras circunstancias: que la oficina de la firma en China había asesorado a la casa matriz en una operación en ese país y que un abogado de la firma había sido árbitro único coetáneamente al procedimiento arbitral en un asunto en la dicha filial era parte. Ciertamente, las circunstancias relatadas se referían al despacho de abogados, pero la pertenencia del presidente a la firma siquiera como consejero y el hecho de que en ella se diluyese la información por la distinta localización geográfica de sus asuntos no fueron considerados atenuantes del deber de revelación. Dicho en otros términos, la actividad de consejero en un despacho multinacional no es equiparable necesariamente a la de los abogados que lo integran desde la perspectiva del conflicto de intereses, pues no acostumbran a percibir los mismos emolumentos, pero en este caso concreto la *Cour d'appel* entendió que del cúmulo de circunstancias se desprendía una clara falta de la independencia requerida⁸⁶. Y a ello añadió que los referidos conflictos no vinculan exclusivamente a las partes en el litigio, sino a todas las sociedades del grupo al que pertenecen.

Por su parte, la *Cour d'appel* de Reims de 2 noviembre 2011 abundó en el razonamiento anterior al sentenciar que la obligación de infor-

⁸⁵ En realidad la primera anulación de un laudo en Francia fue en un caso de arbitraje interno por no haber revelado el árbitro su relación con el abogado de una de las partes. Se trata del asunto *Consorts d'Allaire / SAS SGS* que fue objeto de una sentencia de la *cour d'appel* de 9 septiembre 2010, *Rev. arb.*, 2011, n° 3, pp. 686-691. Vid. la nota de P. Pinsolle, *ASA Bull.*, vol. 29, n° 1, 2011, pp. 197 ss."

⁸⁶ Vid. comentarios de Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss y J.C. Fernández Rozas, "Alcance del deber de revelación del árbitro", *Arbitraje*, vol. II, n° 2, 2010, pp. 597-604.

mar por parte del árbitro se ha convertido en un fin en sí misma y que, en el caso enjuiciado, la ausencia de información había puesto seriamente en duda la independencia del árbitro lo que inexorablemente debía conducir a la anulación de la sentencia. Según el fallo, aunque el incumplimiento de la obligación de revelación no era el fundamento directo de dicha anulación, inducía a una presunción de no independencia que el juez debía valorar caso por caso toda vez que el propio contenido del deber de revelación impide que el árbitro pueda invocar ignorancia de las circunstancias susceptibles de afectar a su independencia.

18. Como es natural, en los reglamentos de arbitraje el deber de información de los árbitros suele estar minuciosamente regulado. Los centros de arbitraje acostumbran a prestar atención a la declaración de los árbitros obligando a las personas designadas a poner en conocimiento por escrito a la institución administradora los hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia y dicha institución deberá transmitir dicha información a las partes precisando un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios. Es ilustrativo el subjetivismo presente en el art. 11.2º Regl. CCI de 2012:

“Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios”.

Y en un dirección similar se encuentra el 14.2º Regl. SCC de 2010

“Antes de ser nombrado árbitro, la persona deberá dar a conocer todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Si la persona es nombrada como árbitro, él/ella presentará a la Secretaría una declaración firmada de imparcialidad e independencia, dando a conocer todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. La Secretaría enviará a las partes y a los demás árbitros, una copia de la declaración de imparcialidad e independencia”.

Al lado de las disposiciones reglamentarias determinados Códigos deontológicos abundan en el contenido del deber de información de los árbitros. Entre estos es obligado referirse al redactado por la *International Bar Association (IBA)* que incorpora las diversas situa-

ciones que pueden configurar una conducta parcial o dependiente del árbitro. Con una mayor extensión se refiere a esta cuestión el Canon II del Código ético AAA–ABA aludiendo a la necesidad de hacer pública cualquier relación financiera, comercial, profesional⁸⁷, familiar o social, presente o pasada, que pudiera afectar la imparcialidad del árbitro o que pudiese generar presunciones de una verosímil parcialidad, que pudiera tener con alguna de las partes o sus asesores legales o con cualquier persona que, según le informaran, pudiera ser testigo; también deben hacer pública cualquier relación que pudiera existir y comprometer a los miembros de sus familias o sus actuales empleadores, socios de hecho o comerciales. Y, por citar un ejemplo procedente del arbitraje marítimo, baste referirse al n° 4 del Código ético de la *Society of Maritime Arbitrator, Inc.*:

“Before accepting appointment an arbitrator may only inquire as to the general nature of the dispute and the names of the parties and their affiliates involved. A member shall not act as an Arbitrator in any proceeding in which he, his associates, or his relatives have a financial interest, or where his association with either the parties, counsel or other Arbitrators may give rise to an inference of bias without making a full disclosure of the relationship. A member shall not participate in a proceeding in which he has allowed others to inform him of details of the case before him prior to the first hearing”.

IV. Consecuencias de la infracción del deber de declaración

1. Recusación del árbitro

19. La parte que se considere agraviada por que el árbitro no ha declarado la existencia de un conflicto de intereses puede solicitar su

⁸⁷ En el arbitraje SCC/V 081/2012 regido por el Regl. SCC el demandado impugnó el árbitro designado por la demandante aduciendo que la firma de abogados del árbitro tenía compromisos previos con demandante dentro de los tres (3) años establecido en el apartado 3.1.4 de la Guía Lista Naranja IBA; asimismo acusó al árbitro de no haber divulgación de todas las circunstancias que dieron lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la impugnación (F. Mutis Tellez, “Arbitrators’ Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...”, *loc. cit.*). Asimismo, en el arbitraje SCC/V 124/2011 también regido por el Regl. SCC, el demandado impugnó el árbitro designado por el demandante alegando que, en su confirmación de la aceptación, el árbitro declaró que su bufete había llevado asuntos a favor y en contra de demandado y una de sus empresas filiales y aunque el candidato explicó que estas cuestiones las habían realizado otras personas en la firma de abogados, la demandada insistió en que ello suponía una importante mengua de confianza en la imparcialidad de un árbitro. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la impugnación (*ibíd.*). Esta actitud del Comité se refleja en los asuntos CSS/V 170/2011 y CSS/V 174/2011.

recusación, cuya finalidad responde a la necesidad de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la propia institución arbitral. Si, como hemos visto, el deber de revelación es un mecanismo preventivo, la recusación es un instrumento sancionador que interviene cuando lo declarado por el árbitro no es cierto o cuando ha omitido extremos relevantes que comprometen su independencia o su imparcialidad. La gravedad que entraña su utilización, pues es un ataque en toda regla a la imparcialidad de un árbitro que implica un expreso reproche y una retirada de la confianza de la parte que lo ha designado, debe tener su justa contrapartida para evitar que se produzcan de manera temeraria las denominadas “recusaciones instrumentales” realizadas con evidente mala fe que debe contar con el oportuno correctivo por vía del control judicial⁸⁸.

La recusación en tal caso deberá interponerse después de la designación del árbitro o la constitución del tribunal arbitral correspondiendo a la parte impugnante demostrar que no conocía las circunstancias que ponen en duda la independencia del árbitro al momento de su designación. Dicha solicitud tendrá como primera consecuencia la suspensión del procedimiento arbitral. Obviamente, la ocultación por el árbitro de dicho conflicto deberá ser valorada negativamente por la persona que tenga decidir acerca de la recusación. Recíprocamente, si la parte conoce previamente la eventual causa de recusación y se la reserva para después de que recaiga la resolución de que trate, y emplearla entonces, caso de serle esta desfavorable, realizará una conducta atentatoria contra la debida coherencia de los propios actos y una falta de lealtad procesal⁸⁹ y, en consecuencia, la acción de anulación no prosperará⁹⁰. En España el art. 6 LA es tajante a este respecto al considerar que, en este caso, la parte “renuncia a sus facultades de impugnación”.

La recusación, puede practicarse tanto en sede arbitral, que es la forma ordinaria, como en sede judicial, con ocasión de la acción de anulación. De acuerdo con el art. 18.3º LA “Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo”. Cuando el arbitraje está en curso y por razones de celeridad, el art. 18.2º LA permite que el árbitro intervenga en la decisión acerca de su propia recusación, pues el precepto no habla de “sustitutos” o de “árbitros no

⁸⁸ Cf. J. Sánchez Calero, “La abstención y la recusación del árbitro”, *loc. cit.*, p. 336.

⁸⁹ STSJ Madrid CP 1ª 4 julio 2012, *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 419 A.

⁹⁰ SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 14 febrero 2007, *ibid.*, nº 419.

recusados”⁹¹. Es una solución discutible pues lo normal es que el árbitro recusado rechace las imputaciones y en caso de formar parte de un tribunal de tres miembros si al resolver el incidente uno de otros dos colegas se suma a su parecer, es obvio que se está abriendo la puerta a una acción de anulación a la parte que cuenta con una opinión que respalda su tesis.

2. Anulación del laudo

20. La apariencia de parcialidad puede ser una base para anular el laudo cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación y la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad. La Ley Modelo Uncitral no contempla esta causal de manera autónoma y si bien no es infrecuente que figure en algunos sistemas estatales, podría subsumirse: a) en la causal de los perjuicios manifiestos al derecho de defensa, pues, por ejemplo, si los árbitros desatienden su obligación de informar las circunstancias que dieran lugar a dudas justificadas, acerca de su imparcialidad o independencia, están violando las reglas mínimas del debido proceso, concretamente al principio de igualdad; b) en la causal de incorrecta composición del tribunal arbitral; o c) en la socorrida excepción de orden público. Este motivo de oposición al laudo se configura cuando en los árbitros que han pronunciado el laudo concurren circunstancias que en su momento pudieran dar lugar a la recusación y que las partes no conocieron a lo largo de las actuaciones arbitrales porque los designados no lo hicieron saber en su declaración de independencia. La práctica en este sector es muy variada y es muy frecuente encontrarlos con su presencia cuando existe una relación profesional entre el árbitro y la representación de una de las partes⁹².

⁹¹ “De haber querido el legislador que el recusado se abstuviese de resolver sobre tal cuestión, así lo habría indicado e, indudablemente, se hubiera remitido al procedimiento para designar el sustituto correspondiente, dado que la designación de un sustituto del árbitro recusado es la única vía racionalmente admisible para resolver tal situación, partiendo de la base hipotética de que el recusado debiera abstenerse, dado que en supuestos de existencia de un árbitro único no existiría quien resolviese la recusación, y en caso de tribunales arbitrales compuestos por tres integrantes (...), la exclusión del recusado podría abocar a insalvables empates en torno a la decisión a adoptar” (SAP 12ª 30 junio 2011, *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 465).

⁹² *Vid.* USA Fifth Circuit – *Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corp.* 476 F.3d 278 (5th Cir. 2006). *Vid.* L.E. Foster y S.R. Cappell, “The Fifth Circuit’s *Positive Software Solutions v. New Century Mortgage* –Underscoring the Need for a Positive Solution to Arbitrator Disclosure for a New Century”, *Transnational Dispute Management*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 1–8.

En la jurisprudencia española es elocuente la SAP Navarra 21 de febrero 2000 que estimó el recurso de anulación por contravención de las garantías esenciales del procedimiento

“... dada la relación profesional que debe deducirse del hecho de haber compartido despacho profesional durante más de 6 años, al menos, el Sr. Letrado de una de las partes y la Sra. Letrada que... fue designada como árbitro en dicho proceso,... no permite situar a la Sra. árbitro en condiciones objetivas, al menos de garantizar que su decisión pueda merecer la exigible confianza de los terceros y de las partes, en el sentido de que resulte ser fruto de una decisión plenamente interesada e imparcial”⁹³.

El supuesto examinado incluía la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad. Dentro de esta causal cabe insertar la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad.

Sin embargo, un caso más polémico fue el suscitado en la ya referida SAP Madrid 9^a de 5 mayo 2008 que si bien confirmó expresamente que el incumplimiento del deber de revelación debe tener como consecuencia la nulidad del laudo dictado con respaldo en la causal del art. 41.1^o.d) LA (“que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes”) consideró que en el asunto abordado dicha acción no era procedente. *In casu*, el presidente del tribunal no había declarado una serie de extremos relevantes para la parte impugnante, pero la Audiencia entendió que tales hechos habían acaecidos con posterioridad a su nombramiento⁹⁴.

21. Si el resultado del asunto *Tecnimont* desplegó una enorme repercusión en Francia, no fue menor la que tuvo en España país el asunto *Delforca 2008, Sociedad de Valores, S.A. / Banco de Santander, S.A.*, pese a su menor difusión escrita. En dicho asunto a lo largo del procedimiento arbitral una de las partes había solicitado la recusación del presidente del tribunal arbitral que no fue admitida. Ciertamente el árbitro recusado realizó en unas aclaraciones que remitió a las partes insistiendo en el carácter puntual y esporádico de las relaciones que había mantenido con la parte que lo había propuesto. Suscitada la correspondiente acción de anulación, entre otros motivos por la privación del dere-

⁹³ JUR 2000\113772.

⁹⁴ *Jurisprudencia española de arbitraje*, n^o 984.

cho a un árbitro imparcial e independiente, la SAP 12^a 30 junio 2011⁹⁵ declaró la nulidad del laudo arbitral al considerar no se trataba de determinar si el árbitro recusado era o no de hecho imparcial, sino que las circunstancias que habían rodeado su actuación, incluidas en sus aclaraciones⁹⁶, habían creado una duda fundada sobre su imparcialidad. Tales circunstancias

“... si bien aisladamente consideradas, no tendrían virtualidad para sustentar la recusación del Sr. árbitro, no obstante, apreciadas en su conjunto, por un lado, ponen de manifiesto una relación de proximidad y vinculación con el despacho que defiende los intereses de una de las partes, y que permiten afirmar la existencia de fundamento para que la parte recusante dude de la imparcialidad e independencia del señor árbitro recusado”⁹⁷.

También se valoró negativamente el hecho de que el árbitro recusado no hubiese puesto previamente en conocimiento de las partes las circunstancias referidas y esperase a que en el curso del procedimiento arbitral se suscitase la recusación, pues

“... si bien tal omisión de manifestación voluntaria no es por sí misma causa de recusación [...], incrementa el sustento de la duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro cuando sus relaciones con la parte y con el despacho defensor de la contraria son puestas de manifiesto a causa de su iniciativa e indagación sobre ellas”.

Con posterioridad a este importante fallo, la cuestión del alcance de la declaración del árbitro fue abordada en el asunto *Marino López XXI, S.L. / Atienza & Longás Abogados, S.L.* aunque en sentido

⁹⁵ JUR\2011\347818; *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n.º 2, 2012, pp. 528–546.

⁹⁶ Las circunstancias que concurrían en el árbitro con el despacho que desarrollaba la defensa una de las partes del arbitraje apuntaban a que “un familiar cercano (yerno) desarrolla su función en dicho despacho, el señor árbitro reconoce tener diversos amigos, y en concreto reconoce dicha amistad con el Socio Director del despacho, y desempeña la función de asesorar en materias docentes a un Centro de Estudios vinculado con dicho despacho sobre los Máster en Derecho Empresarial, y si bien se trata de un cargo honorífico, evidentemente, su pertenencia al Consejo Asesor implica la consiguiente relación, que obviamente debe suponerse positiva, con los integrantes de dicho Centro vinculado al despacho defensor de los intereses de una de las partes. Por lo demás, ha dedicado una obra jurídica (como ‘opúsculo’ lo califica el Sr. árbitro recusado) a la persona que da su nombre a dicho despacho, lo cual, con independencia de la magnitud de la obra de que se trate, implica una relación de amistad y/o admiración”. Además la Audiencia Provincial de Madrid tomó en consideración que el árbitro “... ha emitido dictámenes a solicitud de entidades con ella vinculadas, y si bien la emisión de un dictamen no tiene por qué suponer necesariamente la defensa de intereses de la parte que lo solicita, implica obviamente una labor de asesoramiento jurídico”.

⁹⁷ *Jurisprudencia española de arbitraje*, n.º 446.

contrario, al considerar la STSJ Aragón CP 1ª de 8 enero 2013⁹⁸ que la acción de anulación, esta vez basada curiosamente en la causal de orden público, no debía prosperar porque las circunstancias comunicadas a las partes, haber sido el letrado de la entidad solicitante del arbitraje, Vicedecano en la Junta de Gobierno presidida por el árbitro, y haber sido también socio del mismo despacho profesional ocho años antes del arbitraje, habían sido expuestas con total lealtad por el árbitro a las partes en la primera comparecencia que se celebró en la tramitación del procedimiento arbitral y que, en todo caso, no tenían “la necesaria relevancia para considerar que hayan podido afectar a la independencia e imparcialidad del árbitro, ni en su vertiente de idoneidad subjetiva, o convicción personal del árbitro en un determinado caso”. Pues no basta “con alegar cualquier tipo de relación o vínculo entre el árbitro y la parte o su defensor, sino que las mismas deben tener la suficiente entidad como para hacer dudar de la objetividad del árbitro”. Además, en el asunto en cuestión las relaciones en entredicho “no se mantenían en el momento del arbitraje”.

22. La sanción que comporta la anulación del laudo es seguida en otros sistemas. Por ejemplo la Sentencia de Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los EE UU de 4 septiembre 2007 (*New Regency Productions, Inc. / Nippon Herald Films, Inc.*) anuló el laudo de un árbitro que no había revelado sus negociaciones laborales y posterior obtención de empleo con la filial de una de las empresas involucradas en el arbitraje mientras actuaba como árbitro⁹⁹.

23. En la jurisprudencia francesa existe una larga tradición que confirma la incidencia de la sanción en el laudo arbitral. La *Cour d'appel* ha declarado expresamente que “*l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et entraîne la nullité*” (*Ury / Galeries Lafayette*). En la Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París (1^{re} Ch., 1^{re} Sect.) 12 mayo 1993 (*Société Raoul Duval / V.*)¹⁰⁰; se daba la circunstancia de que el presidente del tribunal arbitral había comenzado a trabajar para una de las

⁹⁸ RJ\2013\2885. *Vid.* este número de la Revista, *infra*, p. 883.

⁹⁹ C.T. Salomon y Q.C. Smith, “Arbitrators Have Duty to Investigate Possible Conflicts Arising from New Employment”, DLA Piper, 5 noviembre 2007, http://www.dlapiper.com/arbitrators_have_duty_to_investigate/.

¹⁰⁰ *Rev. arb.*, 1996, pp. 411–418; confirmada por la *Cour d'appel* de París de 12 octubre, 1995, *ibíd.*, 1999, pp. 324 ss, y *Cass. civ.*, 16 diciembre, 1997, *ibíd.*, 1999, pp. 253 ss.

partes un día después del pronunciamiento del laudo. La misma sanción fue adoptada por la sentencia de la *Cour d'appel* (1^{re} Ch. Civ.) 30 junio 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*)¹⁰¹ y por la sentencia de la *Cour d'appel* (1^{re} Ch.c) 30 noviembre 1999 (*Marteau / CIGP*) por el hecho de que el árbitro en ningún momento había informado de su pertenencia a un despacho que mantenía vínculos profesionales y económicos con sociedades del grupo de la entidad que le había designado¹⁰². Por su parte, la sentencia de la *Cour de cassation* (2^{ème} Ch. Civ.) de 6 diciembre 2001 (*Fremarc / ITM Entreprises*) llegó a casar una sentencia de la *Cour d'appel* de París en relación con un árbitro, profesor de Derecho, que tenía la poco decorosa habilidad de hacerse designar sistemáticamente árbitro por el mismo tipo de partes en la misma modalidad de arbitraje y que había omitido revelar tal circunstancia¹⁰³. La *Cour d'appel* había considerado que tal actitud era censurable pero que no era de suficiente entidad para demostrar una carencia de independencia y de imparcialidad y, mucho menos, para justificar la anulación del laudo. Sin embargo esta decisión fue casada por contradicción de motivos lo que condujo a la anulación del laudo pese a que la ausencia de revelación no figuraba entre las causales del art. 1484 NCPC. La *Cour de Cassation* confirmó la anulación del laudo interpretando que el carácter sistemático de la designación del árbitro, la frecuencia de su nombramiento y regularidad durante un largo periodo de tiempo en contratos similares, crearon condiciones que denotan el mantenimiento una *courant d'affaires* entre el árbitro y la parte que lo nombró, situación que debió haber sido revelada en su momento por el árbitro.

La doctrina francesa ha debatido tal proceder por considerar que se daba autonomía a una causa de anulación no regulada y que debía subsumirse la ausencia de revelación en el motivo general de incorrecta composición del tribunal arbitral; sin embargo, esta posición no ha sido unánime apuntándose que el juez de la anulación debe sancionar no la simple existencia de un riesgo (por la revelación incompleta) sino la efectiva realización de este último¹⁰⁴.

Esta tendencia se ha confirmado más recientemente. En concreto la *Cour d'appel* de París decretó la anulación de un laudo arbitral dictado en el asunto *Tecso*, por el hecho de que se había privado a una de

¹⁰¹ *Ibid.*, 1996, pp. 496–502., pp. 496–502

¹⁰² CA París, 28 octubre, 1999, *Rev. arb.*, pp. 299 ss y nota Ph. Grandjean.

¹⁰³ CA París, 2 abril 2003, *Fremarc / ITM enterprises*, *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 ss y nota de E. Gaillard.

¹⁰⁴ E. Gaillard, *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 ss.

las partes de la posibilidad de ejercer su derecho de recusación a uno de los miembros del tribunal arbitral, que no había revelado si habían existido o existían conflictos de intereses en relación con el despacho donde prestaba sus servicios el abogado de una de las partes en el litigio. No obstante, con posterioridad, la *Cour de cassation* rechazó este planteamiento limitando el alcance y las consecuencias del deber de revelación, insistiendo en la delicada cuestión de que dicho deber debe “*provoquer dans l’esprit des parties un doute raisonnable quant à l’impartialité et [l’]indépendance [de l’arbitre]*”¹⁰⁵. En opinión de este tribunal debe observarse una “incidencia razonable” en la independencia y la imparcialidad del árbitro en el sentido de que cualquier incumplimiento por su parte de este deber conduce necesariamente a apreciar una inobservancia del mismo y entrañar automáticamente su recusación del árbitro y/o la anulación del laudo en el que haya intervenido. Con todo y pese a esta inflexión jurisprudencia en la apreciación de los deberes de los árbitros en esta materia, éstos no quedan liberados de la obligación de explicitar sus vinculaciones respecto de las partes, los abogados de las partes o el despacho al que está vinculada la parte que le ha designado y ello comprende, muy especialmente, los supuestos de designación repetida del árbitro por la misma parte¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 10 octubre 2012, *Tecso / Neoelectra Group*, *Rev. arb.*, 2012, n° 4, pp. 870–871, *vid.* M. Henry, “Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs”, *Cah. arb.*, 2011, n° 3, pp. 737 ss; Th. Clay, “L’application perlée du règlement d’arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil”, *ibid.*, 2011, n° 4, pp. 1109 ss.

¹⁰⁶ Por ejemplo, se entendió que la designación de la misma persona como árbitro en 51 casos por el grupo al que pertenecía una de las partes por la frecuencia y la regularidad en que se había efectuado había dado lugar a una *courant d’affaires* entre el árbitro y dicha parte (CA París 29 enero 2004, *Société Serfiné*, *Rev. arb.*, 2004, p. 448). *Vid.* sobre esta cuestión M. Henry, “Pluralité de désignation et devoir d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre”, *Rev. arb.*, 2005, n° 3, pp. 709 ss; N. Giraldo–Carrillo, “The ‘Repeat Arbitrators’ Issue: A Subjective Concept”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 19, 2011, pp. 75–106. El concepto de *courant d’affaires* también ha sido utilizado por la *Cour de Cassation, Chambre Civil 1^{ère}*, 20 octubre 2010 (*Somoclest / DV Construction*) (*Rev. arb.*, 2010, n° 4, pp. 975–976) en un supuesto en que el árbitro había participado en 34 arbitrajes anteriores. De acuerdo con el tribunal: “*Qu’en statuant ainsi, alors que le caractère systématique de la désignation d’une personne donnée par les sociétés d’un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d’un courant d’affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l’arbitre était tenu de révéler l’intégralité de cette situation à l’autre partie à l’effet de la mettre en mesure d’exercer son droit de récusation, la cour d’appel a violé les textes susvisés*”.

3. Responsabilidad del árbitro

24. Consustancial con el ejercicio de la actividad arbitral es el postulado de la inmunidad del árbitro que le exime, como regla general, de la responsabilidad personal por una decisión deficiente¹⁰⁷. Dicho postulado, que posee un contenido parcialmente diferente al inherente a la actividad del juez¹⁰⁸, deriva directamente de la misión privativa del árbitro¹⁰⁹ y trata de proteger la independencia del árbitro, que no estaría asegurada si pudiera ser objeto de represalias en forma de responsabilidad civil¹¹⁰, máxime si se trata de un arbitraje de equidad¹¹¹, de ahí que su responsabilidad no deba comprender las acciones directamente relacionadas con la función de resolución del litigio¹¹² y que cualquier acción por daños y perjuicios contra un ár-

¹⁰⁷ Aunque añade un innecesario juicio peyorativo hacia las eventuales cualidades de los árbitros, es significativa la STS 1ª 22 junio 2009: "... la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional" (*Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 477).

¹⁰⁸ Los sistemas varían en cuanto a la mayor o menor aproximación de la función jurisdiccional y de la arbitral en orden a la inmunidad, *v.gr.*, frente al sistema francés el británico es mucho más permisivo. La Cámara de los Lores en el asunto *Sutcliffe v. Thackrah* sobre la base de que las funciones realizadas por los árbitros eran similares a las realizadas por los jueces estatales extendió la inmunidad a estos últimos (*Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727).

¹⁰⁹ Th. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 455.

¹¹⁰ "La institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia" (STS 1ª 22 junio 2009, *Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 475).

¹¹¹ "Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional" (*ibid.*, nº 476).

¹¹² *V.gr.* la sección 20 de la *Arbitration Act* de 1996 del Reino Unido establece que "An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith (...). This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning...".

bitro por una decisión incorrecta deba ser declarada inadmisibles. Decimos “como regla general” pues el Derecho comparado registra que la inmunidad de los árbitros está sometida a ciertos límites: fraude, dolo, falta grave, o un incumplimiento o un mal cumplimiento de lo establecido en el acta de misión¹¹³ o el injustificado retraso en el pronunciamiento del laudo arbitral¹¹⁴. Y, por descontado, íntimamente vinculada a que una eventual acción de anulación contra el laudo prospere.

En cualquier caso, la responsabilidad de los árbitros exige justificar que se han rebasado de manera manifiesta los márgenes razonables de error admisibles en la labor del árbitro y la acreditación de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados tras la pertinente la apreciación del requisito del ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado¹¹⁵.

25. Dentro de esta última corriente, la violación del deber de información del árbitro, así como el incumplimiento de sus obligaciones de independencia y de imparcialidad son susceptibles de comprometer su responsabilidad como en algunos sistemas va prosperando paulatinamente la correspondiente acción por daños y perjuicios, si bien para exigir tal responsabilidad es menester demostrar ineludiblemente la existencia de los parámetros necesarios para configurar el tipo de dolo o de culpa en el contenido de la declaración. El aumento de estos supuestos obliga a determinar cuál debe ser la cobertura de un seguro de este tipo. Cada vez es más frecuente que los centros de arbitraje suscriban un seguro de responsabilidad a favor de los árbitros. Por su parte los abogados pueden extender su seguro de defensa jurídica cuando desempeñen funciones de arbitraje. Es esta, sin embargo, una cuestión delicada, sobre todo en lo que concierne a la amplitud del alcance del seguro, que podría influir en el comportamiento de los árbitros en el sentido de permitir comportamientos poco ortodoxo y ser, por ello, perjudicial para la institución arbitral en su conjunto.

El incumplimiento de estas obligaciones puede entrañar responsabilidad contractual (art. 1142 Código civil francés) por estar íntima-

¹¹³ TGI París, 13 junio 1990: *Bompard / Consorts C et autres*, *Rev. arb.*, 1996, pp. 475–476.

¹¹⁴ R.O. Dalcq y A. Van Oevelen, “La responsabilité de l’arbitre”, *L’arbitre: pouvoirs et statut*, *colloque CEPANI*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 196 ss.

¹¹⁵ STS 1ª 22 junio 2009 (*Jurisprudencia española de arbitraje*, nº 478).

mente ligadas a la misión del árbitro y, de conformidad con la jurisprudencia francesa, prevista en el “contrato de arbitraje”¹¹⁶.

Ciertamente, en caso de que se anule el laudo arbitral el asunto puede reiniciarse de nuevo y los costes del nuevo procedimiento y los administrativos deberían correr a cargo del árbitro comitente de la infracción que ha conducido a la anulación del laudo.

V. Consideraciones finales

26. Las normas de ética profesional adquieren especial importancia en el ejercicio de la actividad arbitral incrementándose la confianza en los árbitros desde el momento en que se considere algo normal el respeto por éstos de ciertas normas de ética profesional. Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales las conexiones entre un árbitro y una de las partes o sus abogados en el arbitraje. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses; dicho deber constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral y es ampliamente reconocido en las diferentes culturas jurídicas, las legislaciones y los reglamentos de arbitraje. Es una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y es una consecuencia directa del principio general de buena fe. El deber de declaración tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro.

27. Como afirma un brocardo inglés “*justice most not only be done, it must also be seen to be done*”. La obligación de revelar un conflicto de intereses ha pasado de ser un mero instrumento en la verificación de la independencia de los árbitros para convertirse en una auténtica obligación que se ha consolidado como un auténtico un fin en sí misma. En la actualidad se carece de un consenso en la materia que en

¹¹⁶ TGI París, 1^{re} Ch., 1^{re}sect., 12 mayo 1993, *Société Raoul Duval / V*, *Rev. arb.*, 1996., pp. 411 ss y nota de Ph. Fouchard, pp. 325 ss; CA París, 12 octubre 1995, *Raoul Duval / V*, *Rev. arb.*, 1999, pp. 324 ss.

gran parte deriva de la información disponible¹¹⁷. En efecto, la mayoría de las controversias en torno a los conflictos de intereses de los árbitros son resueltas por las instituciones arbitrales y sobre ellas pesa la nota de confidencialidad, pero es evidente que en las soluciones está presente un cierto *fumus* corporativo. No en vano los árbitros se seleccionan muchas veces en el marco de las grandes firmas de abogados que por lo general intervienen en los grandes arbitrajes internacionales y lo que es normal en una institución de arbitraje puede no serlo si quien debe tomar la decisión es un juez estatal. La valoración de las decisiones judiciales que se ocupan de este tema, vinculadas normalmente a la resolución de acciones de anulación de los laudos, que no son tan frecuentes como para realizar un análisis sistemático con resultados definitivos, es una muestra de profundas discrepancias como se evidencia por los comentarios que de las mismas se realizan desde los círculos arbitrales.

Frente a los deberes de independencia y de imparcialidad, el deber de revelación posee un contenido más objetivo, más controlable y más operativo, que permite al árbitro suministrar un perfil más ajustado de su persona y de sus cualidades. Así concebido el deber de revelación no sólo protege a las partes sino que también y muy especialmente a los árbitros¹¹⁸.

¹¹⁷ J.H. Carter, "Reaching Consensus on Arbitrator Conflicts: The Way Forward", *Disp. Res. Int'l*, vol. 6, n° 1, 2012, pp. 17-35.

¹¹⁸ Th. Clay, "L'obligation de révélation de l'arbitre au prisme de l'indiscipline de la Cour d'appel de Paris", *Cah. arb.*, 2010, n° 4, p. 1147